

La tutela contractual del consumidor (Una visión trascendente desde el sistema español para la Teoría General del Contrato)



SERGIO LLEBARÍA SAMPER

Licenciado por la Universidad de Barcelona.
Doctor en Derecho con mención *cum laude* por la Universidad de Barcelona.
Catedrático de Derecho Civil en ESADE Law School.
Investigador principal del grupo de investigación "Derecho Patrimonial (Norma jurídica y cambio social)" de la Universidad Ramón Llull.
Profesor de Derecho Civil en el pregrado de Derecho y en el postgrado de Derecho y Administración de empresas en ESADE Law School.
Profesor en el Doctorado de Derecho Económico y de la Empresa en la Universidad Ramón Llull, la Universidad de Deusto, y la Universidad Pontificia Comillas.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Fundamentos de la tutela contractual del consumidor.
- III. Instrumentos de tutela contractual del consumidor.
- IV. Recapitulación: ¿aparición de un derecho nuevo?



AUTOR EXTRANJERO

ADVOCATUS 131

RESUMEN:

Con ocasión del análisis de los fundamentos por los cuales el consumidor merece protección jurídica y los instrumentos de tutela de los que goza para tal fin, el autor analiza el impacto que causó dicho régimen de protección en la Teoría General del Contrato. De esa forma, advierte que las modernas soluciones implementadas a los problemas generados en las relaciones de consumo no implican fórmulas incompatibles o contradictorias con las figuras clásicas del sistema contractual.

Palabras clave: Derecho del Consumidor; relaciones de consumo; protección al consumidor; Teoría General del Contrato; sistema contractual.

ABSTRACT

After the analysis of the basis by which the consumer deserves legal protection and the guardianship instruments that he has for that purpose, the author analyzes the impact caused by that regime in the General Theory of Contracts. In this way, Liebaría warns the modern solutions implemented to the problems generated in the "consumer relations" do not imply incompatible formulas or conflicting with classic figures of the contractual system.

Keywords: Consumer Law; consumer relations; consumer protection; General Theory of Contracts; Contractual System.

I. INTRODUCCIÓN

El denominado "contrato de consumo" viene caracterizado por el hecho de que el suministrante del bien o servicio es un empresario o profesional, y el adquirente, un consumidor o usuario. Más allá del propósito de asegurar en estas relaciones la seguridad y la funcionalidad del objeto sobre el que se contrata, lo que ha puesto en estado de alerta a legisladores, jueces y demás agentes jurídicos es la circunstancia de que, en dosis elevadas, el contrato de consumo es un contrato de adhesión. Contrato de adhesión ante el que el consumidor cuenta con un escaso margen de negociación, limitándose las más de las veces a adherirse –o no a una regla contractual predispuesta por el empresario. Esta circunstancia es la que ha provocado nuevos debates sobre el sentido y alcance aquí de la autonomía privada, o sobre la estructura misma del contrato. Y todo en clave de cómo se puede proteger al consumidor ante los eventuales o efectivos abusos cometidos por el empresario predisponente.

El sistema español cuenta con cierta tradición en materia de protección a los consumidores. Lo intentó primero con la Ley 26/1984 del 19 de julio –Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en clara reacción política ante el escándalo del aceite de colza. Este caso consistió en la distribución

para el consumo humano de dicho aceite, no obstante estar previsto para uso industrial, causando allá por 1981 más de 20.000 casos de intoxicación, con más de 300 fallecidos. La ley era técnicamente defectuosa, con lagunas y contradicciones que desconcertaron su adecuada aplicación jurisprudencial. Durante la década de los noventa la fuente normativa se desplazó hacia la Unión Europea, que empezó a legislar mediante Directivas dirigidas a armonizar la protección de los consumidores en los distintos países miembros de la Unión. Es de resaltar aquí la Directiva N° 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La obligada y sucesiva transposición de las distintas Directivas europeas (con el adecuado complemento de adaptación interna) fue incrementando la normativa española destinada a la protección de los consumidores. La inflación legislativa fue tal, que llegó la necesidad de refundirla, lo que se hizo de la mano del Decreto Legislativo 1/2007, del 16 de noviembre.

Llegado a este punto, las interrogantes que más preocupan y siguen preocupando al legislador y a los juristas en general, es revisar por qué se protege al consumidor y cómo se le protege, para posiblemente acabar concluyendo cómo puede influir todo ello en la Teoría General del Contrato. A ellos se dirigen estas líneas.

II. FUNDAMENTOS DE LA TUTELA CONTRACTUAL DEL CONSUMIDOR

No cabe desconocer que en respuesta a la compleja interrogante, nuestra doctrina (en buena parte fiel reflejo de la extranjera) parece hallarse en situación de claro enfrentamiento. Y digo "parece" porque, tras una atenta relectura, uno acaba teniendo la impresión de que ciertos puntos de abierta discrepancia tienen más bien su origen en desencuentros terminológicos o formales, o bien que el énfasis puesto en las disensiones parece relegar u ocultar argumentos y conclusiones no tan enfrentadas. El ejemplo más claro lo tenemos cuando se denuncia la "inferioridad o debilidad" del consumidor, lo que de paso sirve para justificar su tutela.

En efecto, pocos se resisten ante el convencimiento de que el consumidor se encuentra, al contratar o adquirir, en una posición de debilidad, de inferioridad respecto de la otra parte contratante (empresario o profesional). Algunos recuerdan la "histórica inevitabilidad" de esta situación, pues aunque, agravada hoy, el consumidor siempre ha ocupado una posición frágil. La mayor parte de los autores se refieren a una "debilidad estructural" del consumidor en el mercado, imputando las causas no a la subjetividad del consumidor, sino a las condiciones propias en que se desenvuelve el mercado. ¿Cuáles son estas condiciones que conducen a nuestro consumidor a una situación de inferioridad? A grandes rasgos se dibujan factores vinculados a (i) su inferioridad organizativa; (ii) la ausencia de poder para negociar el contrato; (iii) la generalización de las condiciones del contrato; (iv) su carencia informativa; (v) la mayor dificultad o elevado coste para reclamar; e incluso, (vi) su debilidad económica.

Tampoco faltan voces que insisten en que el consumidor aparece como la parte más débil en la cadena de producción, distribución, cambio y consumo. ¿Factores? De índole material (formato del documento y tamaño del texto impreso), técnico (difícil inteligibilidad del contenido de las condiciones al profano, y en ocasiones a quien no lo es), psicológico (sensación de igualdad de trato respecto del

resto de consumidores), unidos al convencimiento de la imposibilidad de encontrar otros "condicionados" más favorables y de la inutilidad de intentar toda negociación. Y hasta se añaden otras causas: la ignorancia de hecho o de derecho, bien como desconocimiento, bien como ineptitud; la inferioridad económica y la ausencia de margen de negociación; el propio mercado de la competencia, dirigido a la captación atroz de la clientela; la incuria, la despreocupación o la pereza (es inútil discutir lo que se ofrece); o la propia ley que, ansiosa por corregir desequilibrios contractuales, crea a veces otros inversos.

Todos estos argumentos que en ocasiones han adquirido verdaderos ribetes de denuncia, merecen ser filtrados y valorados en su justo peso. Y es que, como he avanzado, esta retahíla de causas que invitan a compadecerse del consumidor no lleva luego a los autores que las exponen a idénticas conclusiones en lo que se refiere al papel que deba desempeñar el Derecho y el legislador. Conclusiones que, en alguna ocasión, llegan a parecer incluso más cercanas a las de quienes recelan y desconfían de la tópica debilidad o inferioridad del consumidor. Y es que es posible que el encaje de un modelo económico y de mercado propio de finales del siglo XX en textos codificados que datan del XIX, a más de uno le haya provocado una incontrolada alarma ante un posible chirriar de los tradicionales esquemas jurídicos.

No voy a discutir lo que me parece diáfano: que el consumidor es un sujeto ajeno a los procesos de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios, en el sentido de que "directamente" no participa ni forma parte de ellos. Ahora bien, deducir a partir de esto que el consumidor es víctima –real o potencial– de todo tipo de abuso o tiranía por parte de quienes producen, distribuyen o comercializan, me parece ya una demagógica afirmación (en moderada calificación). El consumidor solo será "víctima" del mercado cuando sea destinatario forzado de aquellos bienes y servicios (posible ausencia entonces de mercado). En un mercado que vele por una competencia leal y transparente, el consumidor no puede ser jamás considerado

una víctima del mismo, sino todo lo contrario. Y en este caso el propio comportamiento del consumidor será además capaz de condicionar, si no el mercado mismo, sí al menos determinados criterios de competitividad. En este estado de cosas, pretender equiparar capacidad de negociación contractual con libertad negocial o autonomía privada es un craso error. Devolver capacidad de negociación al consumidor no solo es una quimera, sino que además en nada garantizaría un favorecimiento de sus intereses. ¿Supone todo ello que una competencia "sana" asegura la licitud de la transacción, esto es, la legalidad de las reglas predisuestas por el empresario o profesional al consumidor? No tiene por qué, del mismo modo que un contrato negociado individualmente no asegura un uso más ni menos lícito de la autonomía privada.

Asumiendo esta realidad, y volviendo a lo que nos ocupa ahora, podría concluirse que el consumidor se hallaría en una clara posición de debilidad o de inferioridad si se diera cualquiera de estas tres circunstancias: (i) que el mercado suministrara, sin posibilidad de detectarlos, productos o servicios inútiles, defectuosos o nocivos, generando un grado de intolerable inseguridad; (ii) que la adhesión contractual o el uso de condiciones generales sumergiera al consumidor en una mayor profundidad de ilegalidad contractual (de cualquier clase), y esta le perjudicara; o, (iii) que, sin sumergirlo a tales profundidades, el Derecho no adaptara los mecanismos de reacción ante las ilegalidades padecidas por el consumidor. No está demostrado que lo primero suceda (o al menos que suceda en dosis muy superiores a cualquier otro modelo alternativo). Y, en cuanto a lo segundo, es obvio que el "proceso de adaptación" ha tenido lugar. En cualquier caso, no puede pasarse por alto que el punto de inflexión en la protección de los intereses del consumidor, suele situarse en el parámetro del comportamiento racional del mismo en el mercado. Pero, ¿quién y cómo se juzga? ¿Será un "comportamiento racional" el que se espera desde el mercado, o bien podrá serlo aquel que, desde esa estructura, no resulta tan esperable? La discusión, cuando se trata de profundizar en patrones de conducta objetivables, nunca me ha parecido baladí, y tras ella

ya late la tensión entre el *homo economicus* y el *homo sociologicus*.

La tan cacareada desigualdad del consumidor no debe pues predicarse respecto del empresario o profesional (es evidente que no puede ostentar una posición formalmente "igual"), ni menos deducir a partir de ella un estado victimista de inferioridad. La verdadera desigualdad debe predicarse respecto del consumidor existente en la época en que se publicaron los Códigos (cívil, sobre todo, y de comercio), para sopesar la suficiencia normativa y su susceptible adaptabilidad, para admitir en consecuencia que el cambio sustancial radica en la forma y manera como los consumidores se procuran bienes y servicios. Es en esa "susceptible adaptabilidad", o, dicho de otro modo, en la suficiencia o insuficiencia del Derecho común tradicional, donde las opiniones se enfrentan irreconciliablemente, lo que muchas veces poco tiene que ver –en su origen– con compartir o no el argumento de la debilidad del consumidor en función de una causología que, existiendo objetivamente, no tiene por qué suponer –insisto– inferioridad alguna.

Con esta personal lectura tendente a relativizar determinadas discrepancias, de ninguna manera pretendo pasar por alto la crítica a concepciones más radicales que, ni con la más bondadosa de las intenciones, podría quedar amordazada. Me refiero, por ejemplo, a cuando pretende edificarse una "clase social" a partir de los consumidores, o cuando se enfatiza la ingenuidad o ignorancia de los mismos, apelando a su carácter de *amateurs* o de profanos.

En cuanto a lo primero, resulta poco creíble que los consumidores (de cualesquiera objetos y servicios, de cualquier nivel económico, etc.) puedan constituir una clase o grupo social, que siempre exigirá una composición homogénea y una identidad de intereses. Precisamente la condición de consumidor es de los pocos añadidos a la condición natural de la persona de la que todos participamos. No modifica ni afecta a nuestra capacidad de obrar, como tampoco supone una especialización o especificación de nuestra condición personal básica. En efecto,

desde el instante que nuestras leyes asocian la condición de "consumidor" al destinatario final de bienes y servicios, es decir, a quien compra, cambia o adquiere para destinar la prestación a satisfacer una necesidad personal, familiar o doméstica, ¿puede en serio alguien separar tales actos de consumo de la condición más elemental de la persona humana? ¿Puede especializarse el género humano en función de las necesidades, más o menos vitales, que procura atender? La respuesta no puede ser otra que la negativa. Desde ahí creo que se justifica la generalización del término "consumidor" no tanto por la pretensión de universalizar una clase o status social, como por encontrar en la abstracción la mejor –o la menos mala– fórmula de positivizar un modelo de tutela. No obstante debe advertirse que el riesgo de esta abstracción es el prejuicio en que se puede incurrir, al proteger en cada caso a quien pertenezca a ese concepto abstracto, merezca o no el tipo de tutela dispensada. Es decir, pasar de tutelar a la persona porque en una determinada situación merece la protección, a tutelarla porque pertenece al concepto legal de consumidor, lo que podría ocasionar en la práctica que consumidores legales disfrutaran de una protección sin necesitarla, y que no consumidores legales carecieran de ella mereciéndola.

Apelar a la ignorancia o a la ingenuidad del consumidor como "talón de Aquiles" sobre el que se ceba la publicidad suasoria y el marketing agresivo de los empresarios, puesto a admitirlo en algún caso, no puede servir de fundamento para homogeneizar los intereses de los consumidores ni para, de pasada, justificar el tipo de tutela que merezcan. Parte de nuestra doctrina ha llegado a creerse esa inocencia del consumidor, sin duda por un influjo de uso a veces desaconsejable (por desafortunado) de la doctrina –sobre todo– francesa. Achaca al consumidor una "falta de conocimientos técnicos y de experiencia en relación con unos productos cambiantes y crecientemente sofisticados", así como, por definición, le imputa un carácter de "aficionado" en el mercado, sin que por ello deba ser considerado –faltaría más– como un incapaz.

No hay una categórica debilidad o inferioridad asociada a la subjetividad de la persona (de haberla, contamos con otros instrumentos de tutela). El consumidor no está expuesto a abusos ni es frágil por el hecho de ser consumidor. La "debilidad", entendida esta solo como desigualdad entre la relación "situación al adquirir antes –derecho aplicable" y la relación "situación al adquirir ahora – derecho aplicable", tiene que ver más con las condiciones objetivas de suministrarse bienes y servicios. Son estas las que deben centrar nuestra atención, y olvidarnos por tanto de las reivindicaciones de clase que en más de una ocasión hacen un flaco favor a sus verdaderos intereses. No extraña que de un tiempo, a esta parte se prefiera simplemente enfatizar el carácter asimétrico que presenta la relación entre el consumidor y el suministrador de bienes y servicios.

III. INSTRUMENTOS DE TUTELA CONTRACTUAL DEL CONSUMIDOR

Si quisiéramos sintetizar el punto neurálgico que concentra todo el debate relativo a cómo debe ser protegido el consumidor ante los contratos predispuestos por el empresario, el mismo se centraría en el grado de intervención autorizado al juez para intervenir el contrato, y soportable desde los principios contractuales y constitucionales del sistema. En efecto, para empezar, poco se duda del protagonismo en la tutela contractual del consumidor del llamado "control de las cláusulas abusivas". También se conviene en que a este control escapan aquellas cláusulas referidas a las prestaciones esenciales, pues sobre estas no se concibe que no haya recaído un auténtico y libre consentimiento contractual. Entonces, ¿quid si el consumidor aparece lesionado precisamente en esas cláusulas? ¿No resulta contradictorio avanzar en la protección de las demás cláusulas y, sin embargo, quedarse de brazos cruzados respecto de las que pueden irrogar mayor perjuicio al consumidor? Desde discursos más generalistas y hasta dogmáticos, se ha visto en esa contradicción una consecuencia del éxito de planteamientos liberales, defendidos desde el Análisis Económico del Derecho y bendecidos por la política comunitaria.

Italia cuenta con una experiencia no muy remota al respecto, tanto desde el referente legislativo como desde el campo doctrinal. La Ley 108/1996, del 7 de marzo, ha revitalizado la represión de los contratos usurarios, disponiendo la nulidad de la cláusula usuraria (y no del contrato), sin posibilidad de integrarla con el interés legal. Hasta la fecha, la jurisprudencia había solucionado el problema desde el análisis estrictamente subjetivo de la parte usuraria: si hubo especial *animus* de engañar a la contraparte, se declaraba el contrato nulo por ilicitud de causa; en otro caso, rescindible por lesión. A partir de la nueva ley, ¿qué significado adquiere la consecuencia prevista? Un buen sector entiende que el efecto legal dispuesto desatiende por completo cualquier actividad interpretativa o integradora del contrato, convirtiendo así el mutuo oneroso en un mutuo gratuito, lo que supone que estamos ante una evidente "sanción civil". Otros se limitan a observar que estamos ante la máxima tutela que al consumidor se puede dispensar: la de la nulidad parcial en su interés. Y finalmente, se acaba descubriendo el carácter de una verdadera rescisión por lesión encubierta: no hay sanción contra una cláusula abusiva porque se trata de una prestación esencial; tampoco abuso de posición dominante, que se resuelve mediante un oportuno resarcimiento; y tampoco observa una excesiva onerosidad sobrevenida, porque el desequilibrio no querido consta ya en origen. Aparece de nuevo la rescisión por lesión, por tanto, desde el intervencionismo protector del Derecho Civil en las prestaciones esenciales del contrato; debemos seguir meditando sobre si una política "consumerista" es sostenible desde los postulados y principios del Derecho Civil patrimonial.

Si regresamos al punto de partida obtendremos que la libertad (y la igualdad como ínsita en ella) es un valor que preside e inspira el Derecho Contractual, y que se traduce en el principio de autonomía de la voluntad. La adecuación del Derecho a dicho valor nos lleva entonces a concluir que el primero "se realiza en condiciones de justicia". La encrucijada que se nos presenta consiste en saber en qué términos se ha realizado el Derecho ante los cambios socio-económicos para adecuarse al valor "libertad".

Si estos cambios han afectado sobre todo a la manera cómo se contrata, será preciso adaptar el Derecho a este nuevo *modus*, que, como avancé, no significa sacrificar nuestra clásica Teoría General del Contrato. Y así se comprueba cómo los instrumentos de tutela arbitrados por el legislador, debidamente entendidos y filtrados, vienen a confirmar que no se ha recurrido a soluciones extravagantes, innovadoras ni incompatibles con nuestro sistema. Conviene aludir a los que considero más relevantes.

Posiblemente el principio de Derecho contractual que haya recibido una mayor explotación y desarrollo sea el de la buena fe. El protagonismo de este principio vive momentos de auténtico esplendor, pues a él ha habido que acudir para equilibrar la libertad de las partes proyectada sobre el contenido contractual propio de tipos predispuestos y estandarizados. Así, la respuesta a cuándo se entiende perfeccionado el negocio, o cuál es el alcance del consentimiento dado (*¿signing is binding?*), o el tratamiento que deba darse a las cláusulas insólitas o sorprendentes, o el mismo concepto de "abuso" predicable de una condición general, o el impulso que deban recibir las tareas de interpretación e integración, parte de las exigencias derivadas de aquel principio de la buena fe.

Las implicaciones y consecuencias de la defensa ante este "abuso" no han sido las mismas en nuestro más cercano entorno. Poco extraña que en Alemania el fundamento se haya asociado al mencionado principio de la buena fe, pues parecía previsible que volviera aquí a explotar la operatividad que históricamente había ofrecido el § 242 BGB. Francia, no se sabe bien si por una decisiva influencia de la Escuela de la Exégesis, permaneció algo ajena a las metamorfosis que aquel principio experimentaba en Alemania, de tal manera que tampoco extraña que haya preferido defenderse ante las condiciones generales acudiendo a la noción de "desequilibrio". Esta noción desenmascara el abuso de poder de una de las partes (fundamento de la antijuridicidad), lo que ha llevado a algún autor a la necesidad de incluir el "derecho a contratar" en el ámbito de los auténticos derechos subjetivos. Mientras, en Italia se aprecia una influencia mixta que ha

propiciado que algún autor defienda una suerte de *Drittwirkung indirecta*, logrando a través de ella penetrar en las relaciones entre particulares verdaderos valores y principios constitucionales.

Que la protección al consumidor y al contratante débil ha revolucionado o, cuando menos, convulsionado nuestro Derecho contractual, se pondrá poco en duda. Ahora bien, resumirlo todo ello en el impulso que ha tomado el principio de la buena fe puede que a algunos les sepa a poco. Y es que, puesto que este principio ni se ha inventado ni se ha descubierto con ocasión de cuidar a los maltrechos consumidores, se puede llegar a pensar que las modificaciones introducidas en este campo han sido livianas, cuando quizás algunas sorprendan por orientarse en dirección distinta a la acostumbrada. ¿Excepciones reales o aparentes? No estará de más que refresquemos algunos de los cambios más llamativos. Así:

- a) La insistencia por imprimir una mayor transparencia en la relación precontractual y contractual en sí, lo que se traduce en un derecho del consumidor a ser mejor informado y en su correlativo deber de informar para el empresario o profesional. Se pretende corregir así ese déficit de conocimiento denunciado desde la masificación consumista (la asimetría). En el ámbito del contrato, se traduce ello principalmente en el valor de la publicidad y de la oferta comercial (al permitir exigir aquella información utilizada para convencer al cliente y que objetiva y razonablemente ha generado una confianza en este), así como en el control de inclusión o de incorporación de las condiciones generales, al repeler del contrato aquellas pretendidas condiciones o "normas" que no superen un grado mínimo de conocimiento e inteligibilidad para el consumidor. Este control de transparencia ha quedado reforzado en la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea así como en el Tribunal Supremo de España: se trata de velar por que el consumidor pueda comprender el efectivo coste económico y jurídico que le puede representar el contrato que se dispone a firmar.
- b) El creciente formalismo exigido para la perfección de la relación contractual. Exigencia que, por lo general y en las distintas leyes, se concreta en plasmar el contrato por escrito, del que necesariamente debe facilitarse una copia al consumidor. Este formalismo se justifica desde una doble vertiente. Por una parte, y desde su naturaleza probatoria, cumple la tradicional función de dar certeza al hecho mismo de vinculación contractual. Pero, y en segundo lugar, tiene también por objetivo aprovechar esa fase documental para exigir ya la introducción de una información que se considera imprescindible (obsérvese cómo no pocas leyes requieren que el documento de perfección contractual contenga, por ley, la referencia a un contenido mínimo). Se explora y avanza así en la eficacia ad utilitatem de la forma, asignándole una mayor presencia a la función informativa e incluso a la integradora.
- c) Conviene hacer referencia a lo que, también con carácter general, se ha dado en llamar "periodo de reflexión" o "derecho de arrepentimiento" a favor del contratante consumidor (derecho de desistimiento). No entraré en descubrir su auténtica naturaleza, pues lo que aquí interesa ahora es desvelar su fundamento y finalidad. No cuesta mucho; dicha reflexión atenúa la vinculación instantánea o automática del consumidor, como instrumento para amortiguar decisiones precipitadas que pueden venir propiciadas por técnicas agresivas de venta, o por cualquier otra inercia compulsiva al consumo. Es precisamente esta figura la que, al menos en una primera impresión, pueda chocar más con los principios inspiradores de nuestro clásico Derecho contractual. El *pacta sunt servanda* obliga a estimar vinculante para ambas partes el contrato desde el instante de su perfección contractual, no permitiendo la posibilidad de una desvinculación libre, de un desistimiento unilateral. Vistas así las cosas, podría pensarse que aquel "derecho de arrepentimiento" constituye toda una considerable excepción a nuestro sistema. Creo, con todo, que no

es esta la lectura que procede efectuar. El "derecho de arrepentimiento" no sirve para conceder al consumidor la libre facultad de desvincularse de un contrato al que estaba ya vinculado, sino que marca el instante a partir del cual debe considerarse al consumidor completa e irrevocablemente vinculado. Por tanto, el "derecho de arrepentimiento" no lo concibo como una excepción o contradicción a aquellos señalados preceptos del Código Civil, sino como un refuerzo que garantiza la verdadera finalidad a la que responden. No se trata de que el principio de vinculación contractual quiebre, sino de que la libertad y la autonomía de la voluntad se adapten y rijan en las nuevas circunstancias fácticas. No hay desvinculación ninguna porque, mientras tanto, no se ha producido la plena vinculación, dependiendo esta de que la voluntad del consumidor complete su proceso formativo necesario. No hay ruptura con nada, sino máximo respeto y vigencia del dogma de libertad y voluntad contractuales.

- d) Finalmente, no puede orillarse lo que quizás sea el efecto más llamativo en materia de desarrollo de la tutela contractual del consumidor. Me refiero al control de contenido a través de la sanción de las cláusulas abusivas. Control que, a la postre, nos devuelve directamente al mencionado principio de la buena fe. Este control representa dos significados de distinto alcance. El primero, que la predisposición unilateral del contrato queda legitimada siempre que no contrarie las exigencias de la buena fe, es decir, siempre que el contenido pre-formulado no se aparte injustificadamente del Derecho dispositivo o del que razonablemente cabría esperar de haberlo negociado. Y el segundo, que el control del contrato es competencia de la autoridad judicial, con lo cual ante los posibles atentados al principio de la autonomía privada, los jueces recuperan la importante misión de conformar los límites de lo lícito en el contrato, incluso, de oficio (esto último es una insistencia repetida en la Unión Europea).

La inercia de la metodología que ha invadido al legislador ha contagiado buena parte de la exposición que acabo de realizar, pues de la misma podría deducirse la idea de que este desarrollo de la Teoría General del Contrato se justifica desde criterios subjetivistas, es decir, que se lleva a cabo por, desde y para la defensa de la figura del consumidor, y en la medida en que aparezca en la relación jurídica intersubjetiva. Nada más lejos de lo que creo, pues si aquel moderno desarrollo viene exigido por el peculiar modo de contratar en la actualidad, dicho desarrollo procede siempre que tal peculiaridad se manifieste, relativizando así la condición del sujeto que en ella participa. En suma, que el proceso se justifica desde el derecho de la contratación, y no tanto desde el derecho del consumo.

En nuestra legislación la balanza se ha decantado a favor del criterio subjetivo antes que por el objetivo. Se ha preferido así dispensar una tutela contractual más en función de la condición o naturaleza de quienes contratan, que en función de cómo se contrata. Y en esa opción, extraña poco que la figura del consumidor emerja como centro de imputación de toda política dispuesta a predisponer especiales o excepcionales remedios que refuercen su protección en el terreno contractual. El descontento no ha dejado de manifestarse: ¿por qué una cláusula que es abusiva y por tanto nula para el adherente-consumidor no puede recibir el mismo tratamiento cuando se trata de un adherente-no consumidor? ¿qué prevención ante los eventuales abusos aporta el hecho de que el adherente sea otro empresario, muchas veces pequeño empresario o empresario individual? ¿por qué darle otro trato cuando la capacidad para negociar el contrato es la misma que tiene el consumidor?

En fin, creo que la respuesta del Derecho a las nuevas y modernas modalidades contractuales no permite reconocer una ruptura de la tradición jurídica en materia de contratos, como tampoco un retorno a la misma. No hay ruptura, salvo para quienes la Teoría del Contrato solo pueda explicarse desde trasnochadas doctrinas decimonónicas, sino adaptación y desarrollo de sus principios. Y tampoco hay retorno, salvo para los que confunden el conservadurismo jurídico

con el estatismo, pues tampoco hubo escape alguno reconocible. Subsisten y sobreviven la libertad y la igualdad contractuales, por más que condicionadas por las cambiantes circunstancias, a las que procuran adaptarse discretamente pero eficazmente. Y mientras no perdamos esos valores, queda autorizado que se reconozca que se sigue haciendo justicia.

IV. RECAPITULACIÓN: ¿APARIENCIA DE UN DERECHO NUEVO?

Los signos aparentes de los últimos cambios habidos en el terreno contractual se deducen con facilidad de lo hasta ahora expuesto: se dirá que estamos en presencia de un mayor intervencionismo, manifestado en la contratación mediante condiciones generales; se dirá también que se está pasando de la espiritualidad al formalismo negocial, recuperando pues la forma escrita en la perfección del contrato; y se pensará, por último, que en algún caso incluso se ha pasado de la excepcionalidad a la normalidad, lo que sucede con el expansivo reconocimiento del desistimiento unilateral a favor del consumidor. Tras estos signos esquemáticamente recordados, el análisis debe necesariamente partir de ellos para explorar conclusiones de mayor calado. Me atrevo, a continuación, a sugerir unas cuantas:

a) El endurecimiento normativo para proteger al "débil". Hay algo en la naturaleza de todo este conjunto normativo desplegado con la finalidad prioritaria de proteger a los consumidores y usuarios que, con la perspectiva que ya tenemos, es indiscutible: se trata de la naturaleza imperativa de muchas de sus normas. Así el endurecimiento normativo al que me refiero reviste una doble forma de presentación. Se presenta, por un lado, con esa naturaleza imperativa que frena cualquier intento por desviar o esquivar la aplicación de la ley. Su fundamento recuerda mucho a aquel otro que se acabó imponiendo ante la crecida de la imperatividad en el Derecho de Familia, y que con acierto se vinculó al propósito de proteger los intereses más necesitados ante la ausencia aquí de una eficaz autoprotección. Algo similar sucede con el consumidor,

justificando idéntico recurso. Pero por otro lado, aquel endurecimiento se presenta respecto del libre desplazamiento del Derecho dispositivo, pues ahora el mismo adquiere rigor al exigir una adecuada justificación. Justificación exigible solo cuando el desplazamiento es decidido unilateralmente por el empresario o profesional. La norma imperativa marca aquello que no puede ser objeto de negociación, mientras que lo que puede ser objeto de ella, por escapar a la imperatividad, o bien se negocia o bien su resultado se justifica compensando la ausencia de negociación.

b) Sobre la justicia contractual. La concepción del contrato como resultado natural del ejercicio de la autonomía privada suponía que, todo él, como acto y también como regla, era expresión de la libertad del individuo. Esta realidad implicó que nada podía ser más justo que aquello decidido libremente, porque con libertad se decide lo que interesa, y cualquier intromisión en esta decisión libre supondría una consecuencia no interesante, no querida y, por tanto injusta. ¿Sigue vigente esta construcción? Seguramente sí, aunque superando ciertos planteamientos formales.

Comparto la conclusión de que la contratación en masa, y, en consecuencia, la regulación de las condiciones generales, no encierran ya una garantía absoluta de la justicia subjetiva del contrato. En efecto, el acto de adhesión ya no tiene el valor del *signing is binding*, no supone una simple aceptación del contrato como venía entendiéndose desde los Códigos decimonónicos (al menos desde la perspectiva cuantitativa). Adherirse significa hoy consentir el contrato como acto, en cuanto a sus prestaciones esenciales, pero no se extiende al contrato como regla. La aceptación contractual ha cambiado su proceso de formación y exteriorización. Pero ello no debe interpretarse en el sentido de que el Derecho contractual abandona los postulados de la justicia subjetiva, sino simplemente que esta ahora ya no viene garantizada por el simple acto

formal de la aceptación por parte del sujeto adherente,

Buena muestra de esto último la proporción a la solución dada a la contradicción entre condiciones generales y condiciones particulares en un contrato: las segundas prevalecerán sobre las primeras, a menos que las generales resulten más beneficiosas para el adherente. La jerarquía entre unas y otras cláusulas solo se halla en el ámbito del predisponente, pues ambas son condiciones igualmente impuestas a la otra parte. Desde esta perspectiva se comprende la primera parte de la proposición: la prevalencia de la particular sobre la general. Pero puede darse que la particular cuente con una específica aceptación por el adherente (siempre que no la convierta en condición negociada individualmente), a diferencia de la general. En este caso, se sumará otro argumento a favor de la solución propuesta: la prevalencia de la condición particular por ser más conocida y aceptada que la general. Y, sin embargo, todo esto quiebra si resulta luego que la condición general beneficia más al adherente, pues entonces goza de prioridad. ¿Se ha impuesto la justicia objetiva sobre la subjetiva? Creo que no, si seguimos reservando el campo de aquella verdadera aceptación contractual. Precisamente por ello, la condición más beneficiosa es la que impera porque conforme a los parámetros de la justicia subjetiva debe entenderse que es esta, y no la otra, la que habría aceptado el adherente. No es razonable deducir que el adherente fuera a consentir lo que no le interesa, o a interesarle lo que menos le beneficia.

Puede que se piense que esta solución no deja de ser demasiado caprichosa para con el adherente, pues si aceptó más específicamente la condición particular que la general, el simple cambio de parecer sobrevenido de aquel, prefiriendo ahora la aplicación de la general, obligará al juez a optar por esta pues es la que mejor se adapta al interés del adherente y, por tanto, le resulta más beneficiosa. ¿Puede estarse al

albur de lo que en cada momento prefiera el adherente? ¿Es siempre legítimo su mejor interés cualquiera que sea el momento en que lo invoque? ¿Admite ello algún límite, siendo "lo más beneficioso" susceptible de objetivación? Parece que las dos primeras preguntas se resuelven –matizadamente– con una afirmación, y la tercera con una negación. Preferir la condición general más beneficiosa aunque la condición particular haya sido objeto de una aceptación más específica, no supone contrasentido alguno. El adherente solo decide con plenitud lo que en verdad le interesa cuando negocia individualmente el contenido del contrato. Tanto la condición particular como la general están instaladas en la no negociación, en la imposición de aquel, y, en consecuencia, no queda a través de ellas nitidamente definido el interés del adherente. La ley, pues, lejos de contradecir o interferir en la definición de este interés (expresión de "lo más beneficioso"), lo pule y ejecuta.

- c) Sobre las fuentes del Derecho contractual y del protagonismo judicial. El énfasis puesto en el principio de la autonomía privada llevó a que se identificase el contrato con voluntad individual. Afirmación luego prudentemente matizada, pues el contrato es también ley, usos y buena fe. Se han expuesto las razones por las cuáles es el elemento de la buena fe el que ha desplegado un protagonismo crucial en el Derecho contractual de las últimas décadas, propiciado irremediabilmente por los cambios en el modo de contratar. Tal conclusión, ya justificada, sirve para derivar una doble consecuencia: la primera en línea de principios; y, la segunda, en orden a las fuentes reguladoras del contrato como regla.

En el primer caso la buena fe está desempeñando una función primordial en la composición de la regla contractual; y lo hace de una doble manera. Por un lado, intensificando las consecuencias de los principios de responsabilidad y confianza en la fase precontractual, de lo que deri-

va –como una de sus plasmaciones más palmarias– el valor vinculante otorgado a según qué publicidad. Y, por otra parte, la adecuación de las condiciones generales del contrato a un patrón considerado razonable, esperable, no sorprendente ni insólito. Patrón que suele identificarse con el Derecho dispositivo. Pues bien, la cláusula de la buena fe está revitalizando uno de los principios que fundamentaron ideológicamente la contratación codificada: me refiero al principio de igualdad. En efecto, gracias a ella, lo que se pretende es evitar todo asomo de monopolio sobre el Derecho dispositivo; carecen, empresarios y profesionales, de poder para alterarlo e imponerlo.

Pero, ¿cómo se controla la buena fe, el Derecho dispositivo, la ausencia de monopolio? Asistimos en este aspecto a un imparable desarrollo judicial. Van a ser los jueces y tribunales quienes ahora compongan y recompongan el contrato como regla, bien confirmando, bien anulando e integrando las condiciones generales impuestas al adherente. La buena fe se erige en el límite imperativo del Derecho dispositivo. Si se quiere ver así, entramos en un Derecho judicial de los contratos. Esta afirmación solo puede verse suavizada o contrarrestada en aquellos ordenamientos en los que la calificación de una cláusula como abusiva descansa sobre una lista *ad hoc* prefabricada por el legislador, aspecto que contribuiría a reducir el margen de discrecionalidad judicial. El contenido de muchas de estas listas, sin embargo, goza conscientemente de cierta vaguedad, lo que desluce esta última posibilidad apuntada.

Este desarrollable protagonismo judicial puede venir motivado por una doble causa. Por un lado es un protagonismo “esperable” (con acento en la certidumbre), pues a él se confía la ejecución y aplicación de cláusulas abiertas y generales como las que vengo tratando. Pero, por otra parte, asistimos a un protagonismo “deseable” (ahora con acento en la incertidumbre), pues la mala

técnica legislativa deberá provocar que los jueces pongan orden allí hasta donde puedan alcanzar las mejores interpretaciones y argumentaciones jurídicas. Pero, como en otros tantos campos, este desarrollo judicial (o Derecho judicial, como ha sido llamado) no es la estación término, pues la conflictividad social va a exigir mayores dosis de certidumbre que provocarán un intervencionismo del legislador mucho más visible allí donde la jurisprudencia se muestre más consolidada.

d) Sobre el valor genético del consentimiento.

La protección que a través de leyes especiales se propone dispensar a la figura del consumidor o adherente, sigue marcada por esa tendencia a defenderle de decisiones que pueden correr el riesgo de apresuramiento o manipulación. En tales circunstancias la prestación del consentimiento contractual del consumidor se encauza hacia una mayor rigidez formal, a la vez que flexibilidad temporal, a fin de reforzar su seguridad y carácter inequívoco. Desde la rigidez formal ya hemos visto cómo la mayoría de leyes especiales exigen que el consentimiento del consumidor se preste por escrito, lo que presupone que deba ser expreso. Pero, en paralelo, la validez y eficacia de la declaración de voluntad del consumidor sufre alteraciones temporales en la secuencia –por así llamarla– habitual del contrato. El “derecho de desistimiento”, cada vez más propagado, ayuda a pensar que la aceptación no adquiere definitiva eficacia hasta que transcurra el plazo para desistir sin haberlo hecho. Y, además, contra lo que podría desprenderse de la Teoría de las Declaraciones Recepticias, la declaración unilateral del consumidor por apartarse del contrato adquiere valor desde su emisión. Todo riesgo de conocimiento tardío de la decisión revocatoria se desplaza así al ámbito del empresario o profesional.

e) Sobre la devaluación de los vicios del consentimiento. Esta devaluación no se produce tanto en el terreno conceptual, como en el aplicado. Realmente los vicios más invo-

cados, aquellos que implican un atentado contra el consentimiento consciente (dolo y error), parece que tendrán aparcado su campo de aplicación. Se alegan dos causas. La primera, la obsesión por dotar a las relaciones contractuales con consumidores de mayor transparencia, exigiendo unos deberes mínimos de información que, además, deberán cumplirse por escrito, en una clara instrumentalización de la forma. Muchos de estos "deberes" de informar, acaban construyéndose como verdaderos deberes contractuales. Es más, se conciben incluso como deberes contractuales esenciales, pues su infracción comporta un incumplimiento grave al prever la ley la facultad resolutoria. Por otro lado, el extendido derecho de desistimiento o de revocación a favor del consumidor (ejercitable en la mayoría de ocasiones cabalmente a partir de la recepción de la mercancía), supone una desvinculación *ad nutum* utilizable aunque el consentimiento fuera inicialmente prestado de manera impecable. Tales previsiones, qué duda cabe, amortiguan la presencia y trascendencia de los vicios de la voluntad en el escenario contractual.

- f) Sobre el abandono de ciertos resquicios punitivos. Quizás esto haya pasado más desapercibido. Pero parece poco discutible, por un lado, que no es misión del Derecho Civil perseguir finalidades sancionadoras, y, por el otro, que si alguna vez lo hizo, la tendencia exige evolucionar hacia su erradicación. Aquí, en general, contamos con un buen ejemplo con la construcción de la Teoría de las Nulidades Contractuales, que, como sanción civil más importante a todo contrato, ha evolucionado en la concepción de adaptar su aplicación a la sensible consideración de los intereses particulares mercedores de protección. Ello supuso dar un paso anterior trascendental, aunque algo más discreto: dejar de considerar el interés privado atacado como una cuestión de interés general (orden público); redefinir ambas parcelas de intereses a los efectos de las sanciones a activar.

No todo está acabado en este campo. Pero las modernas leyes en materia de consumo han contribuido a dar algún paso adelante en la atribución de la adecuada finalidad a las normas civiles. Por un lado, la consolidación de la nulidad parcial del contrato permite su subsistencia, depurando todo lo que de perjudicial pueda representar para los intereses del consumidor. Pero hay otro avance, por más que pueda calificarse de simplemente estético. Me refiero al nuevo contenido de la clásica *interpretatio contra proferentem* o *contra stipulatorem*. Su clásica plasmación en los viejos Códigos respondía a la fórmula según la cual la interpretación "no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad" (de la cláusula), mientras que en las nuevas normas de protección al adherente (consumidor o incluso no) se avanza en la premisa de que estas mismas dudas "se resolverán a favor del adherente". Es posible que el cambio de redacción no sugiera más que una fórmula de estilo. Pero en su lectura literal, mientras que la versión clásica mira solo al "infractor", sancionándole con un efecto que nunca podrá beneficiarle (¿su no beneficio representará siempre un beneficio para el otro?), la versión moderna mira ya a la "víctima", previendo un claro efecto protector: la interpretación a él favorable.

- g) La ubicación del nuevo control, de una nueva causa de nulidad (sobre los límites de la autonomía privada). Estábamos acostumbrados a que uno de los más firmes límites a la autonomía privada, al contrato, lo constituyera la norma imperativa. Sin embargo el control que ahora se ejerce contra estas cláusulas abusivas doblegándolas hasta su nulidad, puede aportar alguna reflexión al respecto. Se pensará que la cláusula se declara nula –por abusiva– no ya por contravenir una norma imperativa, sino por la injustificable postergación de la dispositiva. Avanzando algo más: si tal injustificada postergación va en contra de la buena fe, y la infracción de esta se sanciona con la nulidad, resulta que esa buena fe se instala ahora como un verdadero límite a

la autonomía privada. ¿Es así? En realidad convendría alguna aclaración al respecto. La buena fe se ha instalado como límite, cierto, pero no tanto de la autonomía privada como de la facultad delegada en una de las partes contratantes de determinar o predisponer el contenido contractual.

Además, y para finalizar, el expediente de nulidad basado en la cláusula abusiva aparentemente introduce una nueva causa de invalidez en el catálogo de causas tradicional. Pero si se profundiza en su comprensión, posiblemente llegaremos a la conclusión de relativizar la dogmática que siempre ha envuelto a dicho catálogo, para, a partir de ahí, entender que las causas de invalidez y de ineficacia no deben encasillarse en moldes prefabricados, sino adaptarse cada cual a las circunstancias e intereses en juego. En suma, que a nadie puede extrañar que el régimen jurídico de la acción de nulidad de la cláusula abusiva no participe a estas alturas de ningún estereotipo de invalidez tradicionalmente diseñado. Está para lo que está y sirve para lo que ha de servir. Legitimación, plazo y consecuencias podrán distanciarse de las predicadas hasta hace poco por una dogmática jurídica que pretendía una validez conceptual universal. No podemos seguir siendo esclavos de esa dogmática puramente teórica. La inevitable abstracción de la norma ya no es excusa para ello. Y me permito aquí traer a colación un ejemplo reciente de lo más significativo.

Tradicionalmente la nulidad parcial del contrato (expediente del que participa la nulidad de la cláusula abusiva) conllevaba, de forma tan implícita como automática, la previsión de que el juez integrara la posible laguna con las fuentes suministradas por cada ordenamiento en particular. Entre estas fuentes suele situarse el Derecho dispositivo. Pero en ocasiones el Derecho dispositivo se plasma en normas básicas y en normas límite. El empresario disponía cláusulas por encima de la norma límite, a sabiendas que, a riesgo de ser declaradas abusivas, la integración devolvería las cláusulas a la norma límite en vez de a la norma básica. Conclusión obvia: el empresario no tenía incentivo alguno para evitar sobrepasar la norma límite, pues en el peor de los casos contaba con que el juez le respetaría esa norma límite sin devolverlo a la básica. El caso recurrente es el de intereses de demora. Un interés abusivo por excesivo era declarado nulo, pero el juez, bajo el manto de la integración, mantenía el interés límite no considerado excesivo, en vez de dejar de aplicar cualquier interés de demora en el contrato en cuestión. El uso de la integración en estos términos vulnera la protección del consumidor ofrecida desde aquella Directiva de 1993: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido declarando que la cláusula nula por abusiva se suprime, expulsa y elimina del contrato, sin integrarse en ningún caso.